

**A. I. Nº** - 269141.0030/20-4  
**AUTUADO** - O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA  
**AUTUANTE** - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU  
**ORIGEM** - INFAZ RECONCAVO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 02/12/2021

### RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0182-01/21-VD, de 27 de outubro de 2021, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99, para fim de correção do nome do autuado no cabeçalho e na resolução.

### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0182-01/21A-VD

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Restou evidenciado nos autos que se tratam de saídas de mercadorias que deveriam ter sido tributadas nas saídas. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 29/12/2020, faz exigência de ICMS no valor histórico de R\$212.572,61, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 02.01.03: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.

Refere-se aos meses de janeiro a dezembro de 2017; e janeiro a dezembro de 2018.

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada de 60%, conforme o artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 05/01/21, (DTE à fl. 16) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 05/03/21, peça processual que se encontra anexada às fls. 19/23.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação, além de apresentar breve resumo sobre a infração que lhe foi imputada.

Na sequência, alega que algumas mercadorias elencadas nos demonstrativos do fisco, são objeto de operações que não são tributadas pelo ICMS. Cita como exemplo a “água sanitária ypê”, CFOP 5926, aduzindo que se trata de operações de reclassificação de mercadorias. Expõe que nesse caso não há circulação de mercadorias, pois são produtos que a empresa compra em embalagem fechada para venda à atacado e reclassifica para venda em unidades menores também para atender o varejo.

Visando sustentar seus argumentos, transcreve parte do Convênio abaixo, além do inciso XVI, do art. 3º, da Lei 7014/96:

*Convênio s/nº/1970*

*5.926 - Lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação*

*Classificam-se neste código os registros efetuados a título de reclassificação decorrente de formação de kit de mercadorias ou de sua desagregação. ““*

Dessa forma, solicita a redução do valor exigido na autuação no montante de R\$175.983,71, reconhecendo como devido o valor de R\$36.588,70.

Em seguida, tece considerações a respeito do princípio da verdade material, acrescentando ainda ensinamentos de Odete Medauar, e Alberto Xavier.

Conclui, dizendo que a lei concede ao órgão fiscal meios instrutórios amplos para que venha formar sua livre convicção sobre os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte. E seguindo sua ótica, assinala que é lícito ao órgão fiscal agir com vistas a corrigir os fatos inveridicamente postos ou suprir lacunas na matéria de fato, por meio de diligências e perícias.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, pleiteando ainda:

- a) *A produção de todo meio de prova admitido no RPAF/99, em especial a pericial, bem como, a juntada dos documentos.*
- b) *A intimação da autoridade Autuante para apresentar informações no prazo legal e retificar os lançamentos, a fim de que o auto de infração seja retificado.*
- c) *Requer que seja deferido o parcelamento, com isenção de multa e juros referente ao que a impugnante entende correto.*
- d) *Requer, por fim, que todas as intimações futuras sejam realizadas em nome do subscritor da presente, sob pena de nulidade, ex vi no art.276 do CPC/2015 e no decreto n. 7.629/99.*

O autuante presta informação fiscal, à fl. 25, asseverando que a alegação do contribuinte não encontra respaldo na legislação.

Pontua que toda movimentação de mercadorias efetuadas, seja real ou simbólica, estão sujeitas à incidência de ICMS, caso sejam tributáveis, e que as saídas de itens que formarão um KIT, são efetuadas com o CFOP 5926, devendo ser concomitantemente recepcionadas com uma nota fiscal de entrada utilizando-se o CFOP 1926 com o novo item formado (KIT).

Aduz que no caso específico de mercadorias tributáveis, para efeito de não cumulatividade do imposto, as saídas com o CFOP 5926 terão incidência de ICMS e as entradas com o CFOP 1926 possibilitarão a utilização do crédito do respectivo imposto.

## **VOTO**

Inicialmente, verifico que o presente lançamento atende todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O processo imputa ao autuado a falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, fica indeferido, tendo em vista que os dados constantes nos autos são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

O autuado alegou que as saídas de mercadorias com o CFOP 5926 não configuram fato gerador do ICMS, pois são produtos que a empresa compra em embalagem fechada para venda à atacado e reclassifica para venda em unidades menores para atender o varejo, ou seja, considera que não existiu circulação física das mesmas. Dessa forma, solicitou o expurgo do valor de R\$175.983,71 referente à infração, reduzindo-a para o valor de R\$36.588,70.

Da análise dos elementos constitutivos do processo e das alegações defensivas, verifico que não há formações de Kit, uma vez que tal procedimento envolve a reunião de várias mercadorias para saída em conjunto, a exemplo de cestas básicas, sendo que isso não é o que se evidencia nos demonstrativos acostados aos autos (mídia à fl. 15).

Independentemente dessa circunstância, e do contribuinte ter se utilizado do CFOP 5926, o fato é que as operações questionadas se tratam de operações tributadas.

Portanto, considero correta a exigência fiscal, relativa ao ICMS que não foi destacado nas operações de saídas em comento.

Registro, ainda, que foi requerido que as futuras intimações sejam feitas ao subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada, porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos artigos 108 e 109 do mencionado Regulamento, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269141.0030/20-4**, lavrado contra **O MERCADÃO – CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$212.572,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR